

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MARCEL FIGUEIRÓ NUNES

**PREGÃO ELETRÔNICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS
PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE E DA EFICIÊNCIA**

FLORIANÓPOLIS

2017

MARCEL FIGUEIRÓ NUNES

**PREGÃO ELETRÔNICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS
PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE E DA EFICIÊNCIA**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do Título de Bacharel
em Direito
Orientador: Prof. Dr José Sérgio da Silva
Cristóvam

FLORIANÓPOLIS
2017

À Lorena
À Evelise
À Paulina

Pelo apoio incondicional

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta obra é fruto de um desejo nascido há muito tempo, que por vezes pareceu inatingível. Logicamente, ainda que a conclusão do curso de Direito fosse um desejo pessoal, sua concretização seria impossível sem o auxílio de algumas pessoas.

Agradeço à Lorena, minha mãe, guerreira, obstinada, exemplo sempre presente, temperando meus sentimentos, fazendo com que eu enxergasse um horizonte mais longo, estimulando e confiando em um potencial que por vezes eu mesmo não visualizava.

Também agradeço à Evelise, minha esposa, que nunca se furtou de me auxiliar, suportando minha ausência no seio familiar devido aos compromissos acadêmicos, sempre com a doçura que lhe é peculiar.

Não tenho como esquecer-me da Dona Paulina, minha segunda mãe, sempre disposta a orientar-me pelos melhores caminhos, sendo fonte inesgotável de sabedoria e paz de espírito.

Além, agradeço aos amigos que fiz nesses últimos cinco anos, em especial ao Victor Búrgio pela parceria e lealdade, à Ana Kniess pelos materiais didáticos e à Ana Galvan pelas incansáveis tardes de estágio.

Agradeço ainda ao Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam, que aceitou o desafio de ser o professor responsável pela orientação, executada sempre de forma responsável e atenciosa, sem deixar de lado a leveza e o bom humor, tornando mais fácil e tangível a tarefa de elaborar o presente trabalho.

Por fim, ofereço meu sincero carinho àqueles que contribuíram, ainda que de forma mínima, direta ou indiretamente, na caminhada percorrida nesses últimos cinco anos.

*Esse humanos ...
Esses humanos que circulam
Pela cidade aí afora
Eu não aguento
eles querem me conquistar
Eu não aguento
Eles querem me controlar*

*Querem me obrigar
a ser do jeito que eles são
Cheios de certezas
e vivendo de ilusão
Mas eu não sou
Nem quero ser
Igual a quem me diz
Que sendo igual
Eu posso ser feliz
Esses humanos ...*

(Humanos, Tokyo)

RESUMO

A maneira através da qual a Administração Pública adquire bens e serviços sofreu inúmeras mudanças ao longo do tempo. O primeiro ordenamento jurídico pátrio que apresentou o objetivo de regulamentar tais aquisições foi o Código de Contabilidade da União de 1922. Em 1967, Decreto-Lei nº 200/67 reformou o e inovou o sistema o regramento, instaurando um regime único de compras. Em 1986, antes da Constituição federal vigente e logo após o fim da ditadura, o Decreto-Lei nº 2.300/86 foi exarado na tentativa de estimular a moralidade nas contratações públicas. A Lei nº 8.666/93, atual Lei Geral de Licitações, apresentou diversos dispositivos que tinham por objetivo restringir a atuação dos agentes públicos, reforçando a necessidade de transparência, ainda que o termo não fosse utilizado da maneira como o é nos dias atuais. Os princípios constitucionais foram novamente enumerado pelo diploma, reafirmando a importância daqueles. A Lei 10520 de 2002 e o Decreto 5404/05 instituíram a modalidade licitatória pregão e sua forma eletrônica respectivamente, trazendo grande inovação nos processos de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública, adequando a máquina estatal à utilização dos novos meios de comunicação existentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Princípios Constitucionais. Licitações. Pregão Eletrônico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 LICITAÇÃO	
1.1 ASPECTOS GERAIS	11
1.2 FONTES NORMATIVAS	13
1.3 HISTÓRICO	
1.3.1 CÓDIGO DE CONTABILIDADE DA UNIÃO.....	17
1.3.2 REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1967	18
1.3.3 O ESTATUTO JURÍDICO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	18
1.3.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES	19
1.3.5 LEI 8.666/93 – LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ..	20
1.3.6 LEI 10.520/02 – LEI DO PREGÃO	21
1.4 PREGÃO ELETRÔNICO	26
2 PRINCÍPIOS	
2.1 CONCEITO	29
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	31
2.2.1 LEGALIDADE	33
2.2.2 IMPESSOALIDADE	34
2.2.3 MORALIDADE	36
2.2.4 PUBLICIDADE	37
2.2.5 EFICIÊNCIA	38
2.2.6 ECONOMICIDADE	40
3 ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA	
3.1 PREVISÃO LEGAL	42
3.2 LEI DO PREGÃO E O PREGÃO ELETRÔNICO	42
3.3 ASPECTOS DO PREGÃO ELETRÔNICO X ASPECTOS DE OUTRAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO.....	45
3.4 OS PRINCÍPIOS DO PREGÃO ELETRÔNICO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	49
3.5 A POSSIBILIDADE DO USO GENERALIZADO DO PREGÃO ELETRÔNICO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina tem como base teórica o estudo do Direito Administrativo e Constitucional brasileiro, apresentando diversas considerações acerca das contratações por parte da Administração Pública e suas implicações.

A delimitação do tema busca analisar a utilização da modalidade licitatória pregão eletrônico a partir dos princípios da economicidade e eficiência, que são de observância indispensável quando tratamos de contratação administrativa por parte do estado.

A justificativa do trabalho encontra esteio na importância da discussão acerca das novas tecnologias e possibilidades de contratação pelo estado, sempre tendo em vista o interesse público e a busca pela proposta mais vantajosa em prol da Administração Pública.

O resultado das políticas de contratação, como não poderia ser diferente, têm ligação direta com a forma através da qual são planejadas e executadas. Os objetivos centrais da contratação por parte da Administração Pública são delimitados e, para a sua obtenção satisfatória, é necessário que o estado se adeque às novas formas de comunicação e tecnologia.

A problemática central reside na demonstração de que o pregão eletrônico é a modalidade de licitação que melhor atende aos princípios constitucionais e infraconstitucionais da Administração Pública. O estado, como um dos maiores, senão o maior comprador interno pátrio, deve ao mesmo tempo atender a princípios instituídos há longa data, mas sem olvidar-se da devida adaptação às novas possibilidades e ferramentas utilizáveis no processo de contratação.

A relevância do tema é caracterizada pelos vultosos valores pecuniários investidos pela Administração Pública nas contratações administrativas e as discussões acerca dos princípios da eficiência e economicidade aplicados às

licitações. A aplicabilidade dos princípios visa fortalecer e melhor utilizar os recursos estatais, ainda que haja discordâncias doutrinárias acerca da possibilidade de utilização das modalidades eletrônica na obtenção de determinados bens e serviços.

Para a criação deste trabalho foi utilizado o método dedutivo. O método de procedimento de pesquisa é o do estudo bibliográfico, a partir de fontes primárias (basicamente legislação constitucional e infraconstitucional brasileira) e secundárias (livros sobre temáticas específicas, manuais, artigos de revistas especializadas em suporte físico e digital, teses e dissertações, documentos públicos e dados estatísticos).

. A técnica de pesquisa utilizada é do tipo descritivo e explicativo. Neste trabalho analisar-se-á primeiramente os aspectos históricos das contratações pelo estado, além das posteriores modificações dos procedimentos licitatórios e suas finalidades.

Em 1922 surge o Código de Contabilidade da União, reconhecido como o dispositivo legal responsável pela formalização das contratações administrativas no Brasil. Acerca do tema, a Reforma Administrativa de 1967 veio à tona com o intuito de delimitar um conteúdo mínimo a ser observado em todo o território nacional. Também será abordado o Decreto-Lei nº 2.300/1986, diploma responsável por grandes inovações à época e que serviu como base para constitucionalização das contratações administrativas do estado.

Encerrando o primeiro capítulo deste trabalho apresentar-se-á o contexto no qual surgiu a modalidade licitatória pregão e as diferenças entre as formas presencial e eletrônica desse tipo de licitação. Ainda, será exposta as principais características da última forma.

O segundo capítulo tem o propósito de expor e conceituar tanto os princípios constitucionais clássicos como aqueles que surgiram após o advento da Carta Magna. O trabalho buscará trazer uma reflexão sobre as diferentes interpretações que podem ser empreendidas acerca de tais ditames fundamentais.

No terceiro capítulo serão expostos alguns dispositivos legais que instituíram a nova modalidade licitatória pregão, bem como aqueles que legalizaram a sua forma eletrônica, adaptando a Administração Pública aos tempos contemporâneos.

Serão examinados os aspectos da forma eletrônica em relação às formas ditas “convencionais” de compra de bens e serviços, assim como sua adequação aos princípios constitucionais e administrativos vigentes. Finalizando, será exposta uma reflexão acerca da possibilidade do uso generalizado da modalidade pregão eletrônico pela Administração Pública na contratação administrativa.

Por fim, importante frisar que a aprovação do presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) não representa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Programa de Graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina às conclusões obtidas pelo presente trabalho, tratando-se de obra de autoria individual.

1 LICITAÇÃO

1.1 ASPECTOS GERAIS

O termo licitação vem tornando-se cada vez mais conhecido com o passar dos anos, ainda que grande parte da população não possua a correta compreensão da sua abrangência e estreita relação com a lei. Etimologicamente derivado do termo em latim *licitatio*, que nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2010, p. 524) a licitação pode ser entendida como o certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

A verificação de necessidade de contratação por parte dos entes públicos deságua no certame licitatório, já que a Administração Pública não pode contratar livremente. No ordenamento brasileiro, a licitação é o processo administrativo sucedido em várias fases e atos que promovem a indicação de um escolhido para celebrar o contrato com o poder público, visando à seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público. O processo licitatório aponta o futuro contratado, e não contrata efetivamente (MEDAUAR, 2015, p. 217).

O processo administrativo da licitação pode ser encarado como o testemunho documental dos passos seguidos pela Administração rumo à contratação daquelas condições oferecidas pela melhor proposta. Os atos administrativos devem estar comprometidos com tal finalidade, sejam decisões, pareceres, estudos, levantamentos, despachos, relatórios ou outros. O processo físico bem instruído e articulado comprova a persecução do interesse público, que se cristaliza na obtenção da melhor proposta (PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 416).

As relações de conteúdo patrimonial podem ser interpretadas como a aquisição de insumos por parte da Administração pública junto a fornecedores, sendo essas pessoas físicas ou jurídicas. Tais insumos podem ter como destino os serviços internos, inerentes à administração, ou ainda a função de possibilitar ao estado a prestação de serviços à sua população.

Licitação é o meio administrativo através do qual a Administração Pública e as demais pessoas de direito público indicadas pela lei selecionam a melhor proposta de contrato, utilizando-se de critérios objetivos e impessoais. Os objetivos da licitação são elencados no artigo 3º da Lei 8666/93, quais sejam: garantir o princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável.(OLIVEIRA, 2012, p.23).

A adoção de conceitos torna-se necessária para uma de melhor compreensão do que seja a licitação em si, porém conceitos herméticos podem impossibilitar a visão mais ampla do objeto, reduzindo assim a aplicabilidade e possível reflexão acerca de novas formas e melhoramentos do conjunto de procedimentos sob análise.

Independentemente do conceito adotado, a licitação tem em mira garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes (TCU, 2003, p. 14).

Porém, em dezembro de 2010, com a promulgação da Lei 12349 e a consequente alteração do artigo 3º da Lei 8666/93¹, àquelas garantias foi acrescida a necessidade de que os processos de contratação pela administração pública promovam também o desenvolvimento nacional sustentável, sendo possível o estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras.

Essa diretriz, ainda que tenha vestimenta moderna, já encontra guarida de forma expressa na Carta Magna, que em seu artigo 3º, inciso II, constitui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

¹ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Importante, porém não confundir as finalidades da licitação e as finalidades da contratação administrativa. A promoção do desenvolvimento nacional sustentável dessa última, sendo a licitação mero procedimento seletivo de propostas, não tem o condão de promover ou deixar de promover tal desenvolvimento. A pretensão do legislador era conceber as contratações como instrumento interventivo estatal que produzisse resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de serviços e bens que fossem necessários à satisfação material dos entes estatais (JUSTEN FILHO, 2012, p.62)

1.2 FONTES NORMATIVAS

A contratação de produtos e serviços por parte do Estado tem sua regulamentação dada por variadas fontes normativas, sendo aquela por vezes abordada de maneira direta ou ainda utilizada como base interpretativa de alguns tipos específicos de contratação, como as concessões de serviços públicos e aquelas inerentes às agências reguladoras.

O principal diploma legal do Brasil, a Constituição Federal de 1988, traz expresso em seu artigo 37, inciso XXI, a obrigatoriedade de licitação pública, salvo exceções, na qual seja assegurada a igualdade de condições dos concorrentes e a existência de condições de pagamento.

O mesmo diploma, em seu artigo 22, inciso XXVII, delimita a competência privativa da União para elaborar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquica e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o artigo 37, inciso XXI.

Na forma do artigo 22, XXVII, da CRFB compete à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos. É importante frisar que o texto constitucional estabeleceu a competência privativa apenas em relação às normas gerais, razão pela qual é possível concluir que todos os entes federados podem legislar sobre normas específicas (OLIVEIRA, 2012, p.24).

Nessa esteira, pode haver distorções conceituais dada a subjetividade dos termos semânticos “gerais” e “específicas”. A fórmula “normas gerais”, utilizada pela Constituição Federal, não permite uma

interpretação aritmética, não sendo possível formular uma solução precisa e exata destinada a identificar critérios abstratos e gerais para diferenciar normas gerais e não gerais.

O núcleo de certeza compreende os princípios e as regras que asseguram um regime jurídico uniforme para as contratações em todas as órbitas federativas. Inegável que uma padronização mínima é indispensável na obtenção de segurança jurídica nas contratações. Se cada ente deliberasse livremente acerca das contratações pela Administração Pública, teríamos inviabilidade de competição e cerceamento do livre acesso dos proponentes, além de mecanismo de controle distintos (JUSTEN FILHO, 2012, P.15).

A lei 8666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, demonstra a intenção do legislador em dirimir a dúvida e mitigar a subjetividade da expressão ao elencar conceitos em seu artigo 6º², porém nem de longe consegue se avistar uma solução concreta, mensurável, aplicável de maneira exata e que possa delimitar o que pode ser considerado como “normas gerais”.

Nessa toada, a expressão “normas gerais” configura-se como um conceito jurídico indeterminado, apresentando um núcleo de certeza positiva no que toca a observância obrigatória de certos parâmetros, tais como os requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação, hipóteses de obrigatoriedade ou não de certame licitatório, as modalidades de

² § 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços;

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

licitação e o regime jurídico da contratação administrativa. (JUSTEN FILHO, 2012, P.16)

A obrigatoriedade de observância pelos entes federativos das disposições da Lei de Licitações aplica-se não de maneira irrestrita, pois não pode ser olvidado o pacto federativo. A elaboração de normas gerais pela União não pode cristalizar-se como instrumento de restrição da autonomia federativa.

Porém, dada a existência da federação, a lei 8666/93 disciplina o procedimento administrativo verticalmente em todas as esferas, mas esse diploma não tem o poder de instituir órgãos locais ou ainda disciplinar “peculiar interesse local”, até porque a distribuição de competências assegura a manutenção do estado federado.

Por outro lado, mesmo que o pacto federativo seja importante, existem poucos motivos para que os entes sejam dissonantes ao procederem a aquisição de bens e serviços, tomando atitudes e procedimentos que sejam contrários à Lei Geral de Licitações. Nesse sentido, observemos as palavras de ALTOUNIAN (2012, p. 47):

É inegável que diversas boas práticas estão assentes nesse normativo, como, por exemplo, a necessidade de projeto básico e a precisa definição do objeto a ser licitado, a exigência de orçamento referencial da Administração detalhado em planilhas, a regra do parcelamento para contratação e a obrigatoriedade de critérios de aceitabilidade de preço unitário e global na avaliação das propostas. Considerando que essas boas práticas estão em absoluta consonância com o princípio da eficiência, é recomendável que sejam utilizadas em qualquer processo de contratação, público ou privado, até mesmo por que garantem a confiabilidade de execução do empreendimento. Por esse motivo, mesmo para gestores de órgãos e entidades que não estão obrigados a seguir o estrito teor da Lei 8666/93, vale a maioria das recomendações presentes nesta publicação.

Mesmo com a existência de norma específica, a licitação é tratada em menor ou maior escala por outros diplomas legais, como por exemplo, a Lei 8987/1995, que versa sobre a concessão dos serviços públicos.

A concessão de serviço público é o instituto através do qual o estado transfere o exercício de um serviço para um terceiro, que aceita proceder a execução por sua conta e risco, sob a garantia de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, mediante cobrança de tarifas pela exploração do serviço (MELLO, 2010, p. 702).

A Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de pequeno Porte, trouxe em seus artigos 42 a 49, normas relativas à participação desse tipo de comerciante, relativizando portanto a igualdade no certame licitatório.

Também, importante citar o Decreto 6.204, de 05 de junho de 2007, que regulamentou o tratamento favorecido e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Federal (MEDAUAR, 2015, p. 218)..

Como veremos mais adiante, a Lei 10520/2002 também versa sobre contratação pública, e instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 37, inciso XXI³, da Constituição Federal, a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

1.3 HISTÓRICO

Os primeiros relatos de modelos de compra parecidos com a licitação atual datam da Idade Média, e eram utilizados, assim como hoje em dia, para a

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

aquisição de bens ou serviços, geralmente obras, que o estado não tivesse a capacidade de executar de maneira própria. (ROSILHO, 2013, p. 35).

Existem notícias esparsas sobre algumas regras aplicadas a na distribuição dos despojos de guerra na Roma Antiga. Ainda acerca da matéria na antiguidade ocidental, na Europa era conhecido um sistema chamado de “vela e pregão”, que consistia na chamada de interessados em ofertar produtos ou serviços perante um representante estatal até que uma vela, previamente acesa, apagasse por completo. O vencedor seria aquele que propusesse o último lance de menor preço (ARAÚJO, 2015, p.17).

1.3.1 CÓDIGO DE CONTABILIDADE DA UNIÃO

Em meados do século XIX surge a Administração Pública Burocrática, que baseava-se em uma idéia de controle total da administração pública através de mecanismos formais. Como características temos as centralização das informações, hierarquia funcional, formalismo, profissionalismo e controle passo a passo dos processos administrativos (RIBEIRO, 2017).

Nessa toada, surge no Brasil o Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, mecanismo legal destinado a aprovar o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comercio e Obras Públicas. Desde aquela época a legislação já preconizava, em seus primeiros artigos, a ampla divulgação para a ciência dos possíveis concorrente e ainda fixava prazos para a apresentação das propostas. Além disso, nos artigos seguintes observa-se a exigência de apresentação de “atestados” de idoneidade e a proibição de transferência da execução da obra sem a anuência da administração contratante.

Já no século XX, o Decreto nº 4.436, de 28 de janeiro de 1922 instituiu e organizou o Código de Contabilidade da União, que em seu artigo 49 preconizava a exigência de contrato mediante concorrência pública para o fornecimento de bens e serviços à administração pública. Nos artigos seguintes são notáveis vários elementos que encontram-se atuais nos dias de hoje, como a publicação em diário oficial, a escolha da proposta mais barata, entrega de

propostas lacradas, igualdade de condições entre os proponentes, preferência aos proponentes nacionais entre outros.

1.3.2 A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1967

No ano de 1967 foi outorgada a sexta constituição da história do Brasil. Nesse mesmo ano houve a chamada Reforma Administrativa de 1967, que promoveu profundas mudanças através da aplicação de elementos da administração gerencial ao serviço público, atingindo diretamente os formalismos das compras governamentais.

Dentre as mudanças destacam-se a a reforma financeira, com a Lei nº 4.320/64, a reforma tributária com o Código Tributário Nacional, a reforma trabalhista com a extinção da estabilidade e criação do FGTS, a reforma processual com a edição do novo Código de Processo Civil e a chamada Reforma Administrativa, com a edição do Decreto-lei nº 200/67 (PESSOA, 2017).

Talvez a mais importante e interessante mudança trazida pela dita reforma administrativa de 1967 foi o estabelecimento de duas faces da administração pública, a saber, administração centralizada (direta) e administração descentralizada (indireta).

Importante também citar que a nova orientação surgida consagrou princípios estruturantes para o setor público, sendo esses os do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de competências e do controle. Este modelo administrativo daria à administração pública brasileira uma nova feição, marcando toda a cultura administrativa pátria e influenciado a estruturação científica do direito administrativo brasileiro que se seguiria nos anos seguintes, sendo inclusive posteriormente incorporado à Constituição de 1988 (PESSOA, 2017).

1.3.3 O ESTATUTO JURÍDICO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No final do ano de 1986 surge o Decreto-lei 2.300, que instituiu o Estatuto Jurídico das licitações e contratos administrativos. Pela primeira vez

foram reunidas em um só diploma normas gerais e especiais relacionadas à matéria. Importante contextualizar o período de sua ocorrência, a chamada redemocratização do Brasil, que marcou o fim do regime ditatorial militar que vigorava no país até 1985.

Relevante novidade presente no Decreto-Lei nº 2.300/86 refere-se à extensão do dever de licitar por parte das sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e demais entidades da administração direta e indireta, até que essas providenciassem seus regimentos internos de compras e alienações (ROSILHO, 2013, p. 52).

O diploma trouxe vários elementos que seriam novamente expressos na futura Lei 8.666/93, tais como as modalidades licitatórias e a sua utilização em função do valor a ser contratado, sempre levando em conta a finalidade e vantagem a ser obtida pela administração pública. Ainda, tal diploma não levava em conta somente o preço da proposta, mas também as condições de qualidade, pagamento e prazo, o que pode ser considerado uma notável mudança daquilo que poderia ser entendido como vantajoso para a administração pública.

1.3.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES

Com o período de redemocratização do país e o advento da Carta Magna de 1988, várias matérias foram constitucionalizadas, entre elas os contratos administrativos e as licitações. Essa constitucionalização generalizada e por vezes inútil decorreu de uma nação estava ávida por proteção estatal e pelo fim definitivo da opressão militar, muito devido ao contexto na qual a sociedade brasileira estava inserida. A guerra fria e a disseminação do medo pela imprensa nacional, apoiado pelos Estados Unidos, somavam temores ao povo.

Além disso, muito questionada era a transparência da contratação pública a ser adotada na redemocratização, que exigia normas detalhadas e que fossem válidas em todo o território nacional. (MELO FILHO, 2013, p.3). Lembrando que até então não existia diplomas específico que versasse sobre

licitações, a inclusão do artigo 22⁴ da Constituição Federal no ordenamento brasileiro, que atribui privativamente à União a competência legislativa acerca de normas gerais de licitação e contratação foi de grande valia, podendo ser considerado um reflexo da necessidade legislativa à época, com certa dose de populismo adicionada pela constituinte.

1.3.5 LEI 8.666/93 – LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A Lei 8.666/93 surgiu para regulamentar o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração. Também, o diploma determina que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da Administração Indireta adaptem suas normas de licitação e contratos ao disposto em seu conteúdo (MEDAUAR, 2015, p. 218).

Note-se que dada a história brasileira, o poder constituinte emanou norma de eficácia contida após leis anteriores que tratavam do tema licitatório. Fica claro que nossa atual Constituição Federal reflete muito dos “traumas” sociais impostos pela ditadura à qual a sociedade brasileira foi submetida. Podemos entender que nossa Carta Magna foi vista como uma fronteira a ser alcançada, com o objetivo de normalizar e principalmente moralizar o estado corrupto regido pelos governantes militares.

A competência para legislar acerca de contratação administrativa é privativa da União, como explicitado anteriormente. A matéria é regida pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que veicula normas gerais obrigatórias em todo o país, com as alterações que lhe foram posteriormente introduzidas por inúmeras medidas provisórias e leis esparsas (MELLO, 2010, p. 527).

Ainda que por vezes haja confusão entre os conceitos, competência privada é distinta daquela dita exclusiva, por isso observamos a existência de

⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

várias normas municipais, estaduais e distritais que também regem o andamento dos certames licitatórios.

A possibilidade de edição normativa por entes distintos à União restringe-se às especificidades de seus âmbitos de atuação, porém o problema reside na exata determinação daquilo que seriam normas gerais e normas específicas. A saída mais adotada pelos municípios e estados é a edição de leis que não contrariem a União ou a adoção da lei 8.666/93 na integridade de seus termos (MEDAUAR, 2015, p. 218).

A Lei geral das licitações proíbe que sejam adotadas novas modalidades de licitação ou ainda que sejam combinadas mais de uma modalidade em um mesmo certame. Isso significa que o elenco de modalidades do artigo 22 é exaustivo, ressalvada a possibilidade de disposição por lei federal específica, tal como ocorreu com a figura do pregão (JUSTEN FILHO, 2012, p.303).

1.3.6 LEI 10.520/02 – LEI DO PREGÃO

O pregão pode ser entendido de forma simplória como um leilão às avessas, sendo que nesse os lances aumentam, enquanto que naquele as propostas vão adquirindo valores decrescentes.

O pregão é uma forma de leilão não para alienar, mas sim para adquirir bens e serviços comuns, tendo ao menos duas características distintivas das outras modalidades licitatórias: o pregão é utilizável seja qual for o valor do bem ou serviço e o exame da habilitação jurídica do proponente é posterior ao exame das propostas (MELLO, 2010, p. 567).

É cabível a discussão do termo “serviços comuns”, afinal trata-se de expressão simplória e de difícil delimitação prática, ainda que a lei 10520/05 traga a tentativa de definição da terminologia, a qual sugere que podem ser considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Fica nítida a vagueza de concretude, a extrema subjetividade do termo empregado na elaboração da Lei. Aproveitando o tema e trazendo à tona as palavras de OLIVEIRA (2012, p.97), tentemos exemplificar a doutrina:

O conceito (indeterminado) de “bem ou serviço comum” possui as seguintes características básicas: disponibilidade no mercado (o objeto é encontrado facilmente no mercado), padronização (predeterminação, de modo objetivo e uniforme, da qualidade e dos atributos essenciais do bem ou do serviço) e casuismo moderado (a qualidade “comum” deve ser verificada em cada caso concreto e não em termos abstratos).

Ainda nesse tema, como expõe JUSTEN FILHO (2015, p. 120), a definição de bem comum tem evoluído ao longo do tempo, mas em princípio são os bens disponíveis no mercado que possuam características padronizadas, podendo ser satisfatoriamente fornecidos por um fornecedor qualquer.

O pregão é modalidade de licitação instituída e disciplinada pela Lei 10.520 de 17 de julho de 2002. Tal lei apenas criou e disciplinou o pregão que a doutrina, face à fase externa de seu procedimento, que se desenvolvia e ainda se desenvolve em sessão pública com a presença do pregoeiro, de sua equipe e de todos os interessados, passou a denominá-lo de presencial (GASPARINI, 2007, p. 30).

A Lei 10.520 é resultante da conversão da Medida Provisória 2182-18 de 23 de agosto de 2001 e estende-se aos Estados, Distrito Federal e Municípios. O diploma é destinado a reger a aquisição, por quaisquer interessados, de bens e serviços comuns sem limite de valor, onde a disputa é realizada por meios de lances em sessão pública. O Decreto 3.555, de 08 de agosto de 2000, com alterações posteriores, fixou o regulamento do pregão. O parágrafo 2º, do artigo 3º, do Anexo I do citado Decreto, define como comuns os bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado (MEDAUAR, 2015, p. 226).

O pregão, cujo procedimento não está previsto inicialmente na lei 8666/93, passa a ser mais uma modalidade de licitação, que surgiu com a intenção de tornar o certame licitatório mais ágil e célere. Essa modalidade pode ser processada através das vias presencial e eletrônica, sendo que a última exige regulamentação específica, conforme artigo 2º da Lei 10.520/02⁵. Ambas as vias possíveis foram regulamentadas, por meios do Decreto 3.555/00 (pregão presencial) e Decreto 5.450/05 (pregão eletrônico) (VARESCHINI, 2013, p. 169).

O conjunto de procedimentos é similar em ambas as espécies, ainda que a forma eletrônica seja regradada por legislação específica. Na tabela a seguir estão expostas as principais diferenças entre as fases do pregão presencial e do pregão eletrônico.

Fases	Pregão Eletrônico	Pregão Presencial
Sessão Pública	Envio de Informações é feita a distância via eletrônico	Envio de Informações se dá com a presença dos licitantes
Abertura	Os licitantes poderão participar da sessão pública na internet utilizando sua chave de acesso e senha ao sistema	É feito um credenciamento dos licitantes interessados em participar
Classificação das Propostas	O pregoeiro verificará as propostas desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os	O pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preço e classificará o autor da proposta de menor

⁵ § 2º Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

Fases	Pregão Eletrônico	Pregão Presencial
	requisitos estabelecidos no edital	preço
Fase de Lances	Os licitantes cujas propostas não forem classificadas podem oferecer lances	O licitante autor de menor proposta e os demais que apresentarem preços até 10% superiores a ela estão classificados para a fase de lance. Caso não haja pelo menos 3 (três) licitantes que atendam essas condições deverão ser convocados para a fase os demais, obedecendo a ordem de classificação das propostas e até no máximo de três, quaisquer que sejam os preços oferecidos
Autoria dos Lances	É vedada a indicação dos licitantes responsáveis pelos lances	Os presentes na sessão pública sabem quem são os autores das propostas.
Ordem dos Lances	Os licitantes podem oferecer lances sucessivos independente da ordem de classificação	Os licitantes são classificados, de forma seqüencial e apresentam lances verbais, a partir do autor da proposta de maior preço e os demais em ordem decrescente de valor
Término da Fase de Lances	Ocorre por decisão do pregoeiro e o sistema eletrônico encaminha aviso	Ocorre quando não houver lances menores que o último ofertado

Fases	Pregão Eletrônico	Pregão Presencial
	de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de até 30 minutos, aleatoriamente determinado	
Habilitação	Os documentos deverão ser enviados via fax após a solicitação do pregoeiro, ou de acordo com o encerramento da fase, conforme as cláusulas previstas no edital	A documentação deverá ser apresentada em envelope lacrado
Recurso	A intenção de recorrer pode ser realizada pelo licitante, de forma imediata e motivada, em campo próprio no sistema eletrônico	A intenção do licitante de recorrer deve ser feita de forma verbal, no final da sessão com registro em ata da síntese das razões
Adjudicação	A falta de manifestação autoriza o pregoeiro a adjudicar o item ao vencedor do certame	A falta de manifestação autoriza o pregoeiro a adjudicar o item ao vencedor do certame

Fonte: Pregão Presencial e Eletrônico. – SEBRAE, 2014.

As características distintivas do pregão em relação às outras modalidades não podem ser olvidadas, sendo elas a falta de limite valorativo, utilização para a aquisição de bens comuns, possibilidades de negociação direta entre fornecedor e administração pública, condução negocial por um único servidor (pregoeiro), ainda que auxiliado por uma equipe de apoio e a

inversão das fases licitatórias, ou seja, primeiro escolhe-se a proposta mais vantajosa, para somente após esse passo serem avaliados os aspectos referentes à habilitação do fornecedor (SANTANA, 2009, p. 35-36).

As características diferenciais do pregão são a sua utilização apenas para a aquisição de bens e serviços comuns, a inversão das fases de habilitação e competição e também a dissociação da fase competitiva em dois ramos: primeiramente uma etapa de formulação de propostas, e após tal, a proposição de lances sucessivos (JUSTEN FILHO, 2012, p. 303)

A modalidade licitatória (espécie) pregão pode ser realizada sob dois tipos (gênero): pregão presencial e pregão eletrônico. Naquele, os lances são ofertados presencialmente pelos proponentes, enquanto nesse os lances são ofertados por meio de sistemas via internet. Os tipos de pregão têm sua regulamentação expressa nos decretos federais nº3.555/00 e 5.450/05 respectivamente (ALTOUNIAN , 2012, p. 47).

1.4 PREGÃO ELETRÔNICO

A modalidade licitatória pregão eletrônico foi efetivamente instituída no ordenamento brasileiro através do Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005. O parágrafo 1º do artigo 2º da lei 10.520/02, que prevê a possibilidade de utilização de recursos da tecnologia da informação nos termos de legislação específica, e o decreto pode ser encarado como tal especificidade.

A lei 8666/93 é considerada como legislação geral, por trazer os fundamentos, diretrizes e princípios que deverão nortear os demais diplomas. Já a lei 10520/02 é considerada especial por regulamentar de forma específica a modalidade pregão. Posto isso, em caso de omissão legal na aquisição de bens ou serviços comuns via pregão, aplica-se a lei geral. Em caso de antinomia entra os diplomas legais deve prevalecer a legislação específica, por tratar-se de lei especial.

Também, a normatização jurídica do tema tornou-se necessária dado os avanços da área de computação e rede mundial de computadores. Mesmo que a administração pública deva ater-se à princípios que foram expressos a longa

data, a mesma deve modernizar-se dentro das possibilidades que existam sem causar infração legal.

O pregão, que trata-se de modalidade extremamente célere em face da inversão das fases de análise de propostas e habilitação, com avaliação da última apenas em relação à proposta mais vantajosa, tem sua utilização aumentada de forma substancial nos últimos anos no âmbito da administração pública (ALTOUNIAN , 2012, p. 174).

O pregoeiro e a equipe de apoio têm as atribuições de receber as propostas e dos lances, analisar sua aceitabilidade e classificação dada a faixa de preços previamente estipulada, a habilitação e , a adjudicação do objeto. No pregão ocorre, primeiro, a fase de classificação e, depois, a fase de habilitação, invertendo-se a ordem prevista na Lei 8.666/93 (MEDAUAR, 2015, p. 226).

O pregão eletrônico distingue-se do presencial por nesse a disputa pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços comuns à administração pública é feita à distância, em sessão pública, por meio de propostas e lances que visem melhorá-las, apresentadas pela rede mundial de computadores, a internet (GASPARINI, 2007, p. 32).

Indubitavelmente a inversão das fases no certame licitatório e principalmente a utilização de meios eletrônicos de avaliação tronam o procedimento mais célere. Além do mais, a utilização da internet possibilita a participação de empresas que não seriam alcançadas pelo edital de abertura caso o mesmo fosse impresso e afixado em local físico somente. Cabe o argumento de que, com o suposto aumento da concorrência, tenhamos uma diminuição na média dos preços das propostas, tornando a seleção cada vez mais vantajosa em prol da administração pública.

2 PRINCÍPIOS

2.1 CONCEITO

A palavra princípio é derivada do latim principium e possui variada significação. Tal verbete pode ser entendido como início, origem, ponto de partida, ou ainda como a idéia de uma verdade primeira, que serve de base ou fundamento para algo (BORGES, 2010). É inegável que os princípios do Direito são de suma importância para o entendimento e coerência do sistema normativo pátrio.

No Direito, os princípios podem ser entendidos como os fundamentos, que sustentam o sistema, servido como seus pilares basilares. Dessa maneira, podemos considerar que os institutos do Direito Administrativo são alicerçados em tais princípios.

Não podem se relegados como mera sugestão ao aplicador da lei, mas sim vinculantes e direcionadores, tornando possível a inserção da argumentação moral no interior da ciência jurídica, materializando a justiça e preenchendo lacunas geradas pelo positivismo do estado liberal (CRISTÓVAM, 2012).

Os princípios são conceitos responsáveis pela irradiação de um liame comum ao entendimento do arcabouço jurídico brasileiro. Não é demasiado simples como parece a explanação de um conceito de princípios em Direito dentro de uma idéia compartimentalizada, ou seja, um conceito hermético por assim dizer.

Convencionalmente, podemos entender por princípios aqueles textos e expressões que somos levados a entender como normativos, mas de tão escassos e simples em seu conteúdo não nos revelam a norma contida (SUNDFELD, 2014, p.63).

Os princípios, no Direito, possuem boa dose de subjetivismo, ainda que possam ser encontrados elementos que se mostram indispensáveis na sua definição, mesmo por correntes de pensamento que sejam diametralmente distintas. Muito da idéia de princípios decorre do Direito Natural.

Os dois princípios fundamentais quando tratamos da administração pública são o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Ambos transcendem o Direito Administrativo, informando a todos os ramos do direito público e servem como base de construção de todos os demais princípios (DI PIETRO, 2015, p. 97).

Princípio é um mandamento nuclear, alicerce de um sistema, disposição que se irradia sobre suas diferentes normas, compondo o espírito e servindo de critério para a exata compreensão de tais normas, definindo a lógica e a racionalidade do sistema normativo, harmonizando-o (MELLO, 2010, p. 53).

Na execução das atividades que competem ao estado esse rege-se por normas. Além das normas específicas para cada matéria ou setor, existem preceitos gerais que informam amplos campos de atuação, e são esses preceitos que podem ser chamados de princípios (MEDAUAR, 2015, p. 147).

Conceitualmente os princípios do Direito podem ser entendidos como o viés comum cogente, unificador das várias dicções legais. Ainda que por vezes existam antinomias aparentes dentro de um sistema, os princípios são utilizados para dirimir tais discrepâncias, servindo como elementos norteadores na interpretação da norma. Por óbvio não são absolutos, mas por vezes tem sua aceitação de maneira inquestionável.

Por vezes as indeterminações normativas são necessárias ao ordenamento jurídico. Aquelas extremas, às quais chamamos de princípios, não podem ser entendidas como imperfeições do sistema, mas sim como necessárias e indispensáveis aos jogos de poderes existentes no seio da sociedade (SUNDFELD, 2014, p.69).

O Direito Administrativo é um ramo da ciência jurídica que estuda a submissão efetiva da ação estatal aos princípios e normas. Autores mais antigos tendem a agrupar as duas espécies sob o gênero denominado “regra jurídica”. As novas abordagens sugerem uma nova divisão, em que a norma jurídica seria um gênero desdobrado em duas espécies a saber: regra jurídica, que seria uma norma disciplinadora de comportamentos específicos e o

princípio, sendo esse uma regra geral de conteúdo mais abrangente (MAZZA, 2012, p.163).

A classificação adotada na análise dos princípios não acarreta mudanças concretas e substanciais materialmente, tratando-se apenas de mero formalismo. O importante é ter em mente que os princípios são adotados com o objetivo de nortear a interpretação da lei naquelas situações em que existem lacunas.

Porém, ainda que a classificação dos princípios seja meramente formal, é importante distingui-los das regras, que possuem especificidade e geralmente caráter sancionador. Ainda, enquanto os princípios são sugestivos e carregados de nexos com a moral, as regras são mandamentais e geralmente possuem caráter sancionador.

A posição de que a sanção constitui elemento obrigatório da norma não se sustenta atualmente, e foi combatida mesmo pelos autores clássicos, que viviam em uma época em que a norma jurídica era caracterizada como veículo do exercício do poder estatal, tendo a sanção como característica nuclear (JUSTEN FILHO, 2015, p. 120).

Por não haver uniformidade de classificação na doutrina, nos dias de hoje podemos admitir que exista norma sem sanção, afinal se a o mandamento tem hipótese de incidência específica, pode ser considerado regra. Os princípios refletem valores, por muitas vezes morais, enquanto as regras são diretivas obrigatórias com finalidade certa.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988, no caput do art.37, com a redação dada pela EC nº 19/98, estabelece, de forma explícita, que a Administração Pública, em todos os níveis, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, no art.70, prescreve, entre os objetivos do controle financeiro, estão, também, inseridos os princípios da legitimidade e economicidade. Cumpre ainda, conforme dispõe o art.74, que ao sistema de controle interno, entre outras finalidades, a de comprovar a

legalidade e avaliar a eficácia e eficiência dos resultados da gestão administrativa (SEVILHA, 2010).

A Constituição Federal de 1988 explicita, em seu artigo 37, que a administração pública direta e indireta, de qualquer dos entes administrativos, devem obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses são os princípios constitucionais clássicos da nova ordem constitucional brasileira, chamados de princípios explícitos por constarem de maneira expressa no texto da Carta Magna.

O rol do artigo 37 não é exaustivo, podendo ser entendidos como princípios implícitos todos os outros que decorrem da interpretação do texto constitucional. Posto isso, em decorrência dessa interpretação, os princípios implícitos possuem uma forma ainda mais subjetiva, mas não menos importante na aplicação dos diplomas legais aos casos concretos.

Ainda sob a ótica da não exaustividade do rol constitucional, podemos observar as palavras de Karina Munari Rezende, que propõe:

O Constituinte de 1988, por sua vez, não esgotou os postulados condicionantes da atividade da Administração Pública no art. 37. No art. 70, elencou entre os objetivos do controle financeiro a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos gastos públicos, e no art. 74, II, em relação ao controle interno, a incumbência de avaliar a eficácia e a eficiência dos resultados da gestão administrativa.

Basicamente, existem 12 preceitos dos quais o administrador público não pode afastar-se, sejam eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público, sendo os cinco primeiro expressamente previstos na constituição (MEIRELLES, 2012, p. 89).

Os princípios constitucionais não devem ser interpretados de maneira isolada, pois se apresentam intrincados de maneira profunda, havendo instrumentalização recíproca entre eles.

Os princípios são de extrema relevância e utilidade na aplicação do direito, de sobremaneira na seara administrativa. Por várias vezes existe, por parte do administrador público, a liberdade de escolha na tomada de decisão ao gerir a coisa pública. A conduta a ser adotada dependerá de inúmeras circunstâncias, a serem avaliadas caso a caso. Mesmo diante de várias variáveis, os princípios serão o instrumento que tornam compatíveis tal tomada de decisão com os fim e valores sociais a serem atingidos (JUSTEN FILHO, 2015, p. 199).

A discricionariedade que possui o administrado público frente às variadas possibilidades na tomada de decisão não deve ser confundida com arbitrariedade, e são os princípios constitucionais que exercem a função de restringir a atuação do gestor público. Mesmo que sejam apenas palavras de alto teor subjetivo e sem comando explícito, tais fundamentos são aceitos como válidos e indispensáveis na interpretação do ordenamento e na atuação estatal.

A importância pode ser maximizada quando consideramos a ofensa a um princípio mais gravosa do que a transgressão a uma norma, pois a violação ao princípio implica em ofensa não apenas a um mandamento específico, mas sim a todo o sistema de comandos (MELLO, 2010, p. 959).

Quando aplicamos tal valor aos princípios constitucionais temos como resultado uma permeação por todo o sistema normativo-jurídico que se encontra abaixo dele, afinal a Carta Magna é o ápice do ordenamento jurídico, ou seja, é de lá que se irradiam sobre o sistema os preceitos básicos e principiológicos, que devem ser observado e obedecidos.

Importante frisar que aqueles princípios implícitos também não admitem exaustão em seu rol, sofrendo variações quando classificados pela doutrina. No artigo 70⁶ do texto constitucional encontramos referência ao princípio da economicidade. Já no inciso II do artigo 74 da Carta aparece o princípio da eficácia. Enfim, tudo aquilo que possa ser colocado como basilar ao equilíbrio

⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

da relação cidadão-estado, pode por vezes representar um princípio, ainda que nunca tenha sido invocado como tal.

2.2.1 LEGALIDADE

A legalidade, como princípio, foi criada quando da concepção do estado democrático republicano de direito, e prevê a supremacia da lei, que limita e valida a atuação estatal. Surgiu em resposta ao poder ilimitado do Estado monárquico, podendo, atualmente, ser inserido com diferentes denotações nas diversas searas do Direito.

O princípio da legalidade não apresenta grande dificuldade para ser compreendido, dado seu aspecto semântico. A legalidade pode ser entendida como a correta subsunção da atividade estatal àquilo previsto no texto legal, ou seja, não havendo previsão legal para que determinado ato seja executado pela administração pública, tal ato é ilícito.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II⁷, nos traz em texto que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma senão em virtude de lei. Porém, em relação aos particulares, a legalidade não é aplicável da mesma maneira e extensão, pois à administração pública é lícito somente aquilo previsto em lei, enquanto que, aos particulares, é vedado tudo aquilo que a lei proíbe.

Tal predição constitucional pode ser observada como o surgimento de uma regra de legalidade, pois ao criar especificamente uma vedação ou autorização por lei aproximamo-nos mais de uma regra em detrimento do caráter principiológico. Porém, dada a posição da Constituição no ordenamento jurídico, e a maior importância dos princípios em relação às regras, podemos afirmar que a legalidade é um princípio, e não uma regra (DI PIETRO, 2015, p. 211).

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A atividade administrativa só pode ser exercida mediante autorização do sistema legal, afinal a legalidade da atuação da administração pública não se resume à ausência de oposição da lei, mas pressupõe autorização dela como condição indispensável à sua ação (MELLO, 2010, p. 76).

O princípio da legalidade também impõe aos administradores públicos deveres irrenunciáveis, impedindo que os agentes deixem de exercitar os poderes e cumprir os deveres que a lei lhe impõe. O administrador público não pode se desviar ou afastar dos preceitos legais, sob pena de responsabilização disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2012, p. 87).

A legalidade serve como garantia de respeito aos direitos individuais do cidadão, pois limita a atuação administrativa, que depende de lei para, por simples ato seu, conceder direitos, criar obrigações ou impor vedação aos administrados. O princípio da legalidade pode ser conjugado, no estado de Direito, com o do controle da Administração pelo Poder Judiciário, expresso no inciso XXXV do artigo 5º da constituição pátria, que não exclui da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito (DI PIETRO, 2015, p. 98).

2.2.2 IMPESSOALIDADE

Conceitualmente, a doutrina encara o princípio da impessoalidade como a tradução da idéia de que a Administração deve tratar todos os administrados sem quaisquer discriminações. Ainda, não deve haver a tolerância de favoritismos ou perseguições (MELLO, 2010, p. 115)

Podemos também aplicar tal fundamento como um limitador da promoção pessoal dos agentes políticos, impedindo-os de praticar atos em nome próprio, como a realização de obras por exemplo. O fim legal do ato é unicamente aquele que a lei indica, de forma impessoal, em nome da Administração. É ela quem executa os atos, através de seus recursos legais e humanos.

O princípio da impessoalidade também pode ser moldurado como aquele onde vemos claramente que os atos administrativos não são exercidos efetivamente pelos agentes públicos que os executam, mas sim pelos órgãos ou entidades administrativas em nome dos quais agem tais agentes. Agiriam

esses como meros representantes, instrumentos que materializam a vontade estatal.

O administrador é mero executor do ato, que serve de veículo da vontade estatal. Portanto, as realizações políticas, administrativas e governamentais, não são do agente político, mas sim da entidade em nome da qual tal agente atuou (MORAES, 2012, p.407).

A impessoalidade pode ser entendida em dois sentidos diferentes, sendo atributo da Administração Pública em relação aos administrados e também à própria Administração. No primeiro caso estaria relacionado à finalidade pública que deve nortear a atividade administrativa. Já no segundo caso, a impessoalidade pode ser interpretada como a imputabilidade dos atos e provimentos administrativos não ao agente público que os pratica, mas sim ao órgão da administração ao qual ele esteja vinculado, vedando qualquer tipo de alusão à promoção pessoal do agente (DI PIETRO, 2015, p. 101).

A preferência que favoreça uns em detrimento de outros, efetuada por parte do estado, não deve subsistir de maneira satisfatória, afinal isso demonstraria uma paixão que a administração não possui. Seres humanos têm paixão, mas não são eles que agem, e sim o estado. Um estado passional não encontra meios de ser efetivamente democrático.

Porém, como é amplamente sabido, não há como tratar todos os cidadãos exatamente da mesma forma, afinal, ao mesmo que nós, seres sociais, somos todos iguais, também possuímos diferenças que nos tornam distintos de todos os outros.

Nesse sentido, a impessoalidade pode ser entendida como uma faceta da isonomia que deve ser dispensada aos cidadãos pelo estado administrador. Todos são iguais perante o estado, e onde não há discriminação legal, não cabe ao administrador introduzi-la. À impessoalidade não cabe impedir tratamentos distintos entre os aqueles que a lei trata como desiguais, mas sim evitar a ocorrência de tratamentos vantajosos em prol de seletos cidadãos baseados em simpatias (JUSTEN FILHO, 2015, p. 202).

O princípio da impessoalidade visa obstaculizar atuações estatais movidas por antipatias, simpatias, vingança, represália, nepotismo ou favorecimentos em licitações, concursos públicos ou exercício do poder de polícia, dentre outros. A idéia é que os poderes atribuídos aos agentes finalizem-se em prol de toda a coletividade, com resultados desconectados de motivações pessoais, preconceitos ou radicalismo de qualquer espécie (MEDAUAR, 2015, p. 152).

2.2.3 MORALIDADE

Dentre todos os princípios constitucionais explícitos, o da moralidade provavelmente é o que carrega a maior parcela de subjetividade. Por trazer à tona a possibilidade de diferentes conceitos daquilo que seria moral, é impossível chegarmos a um denominador comum, que congregue todas as ideias acerca de moral presente na população

Tal princípio é de difícil expressão verbal, restando à doutrina “prendê-lo” a outros termos, ligando-o a noções que propiciem o seu entendimento, compreensão e aplicação prática. Não é fácil fazer entender aquilo que depende essencialmente da opinião pessoal de cada um, ainda que existam condutas que sejam condenadas por grande parte da população mundial.

De acordo com tal princípio, a Administração Pública, personalizada através de seus agentes, tem de atuar dentro dos limites éticos. Devem ser observadas a lealdade e a boa-fé devendo o estado proceder com sinceridade em relação aos administrados, sendo vedado qualquer comportamento astucioso ou eivado de malícia, que acarrete confusão, dificuldade ou ainda minimize o exercício dos direitos por parte dos cidadãos (MELLO, 2010, p. 120)

A moral aconselha o indivíduo a seguir o melhor caminho dentre os possíveis, com o objetivo de melhoramento pessoal. Tem caráter íntimo, dotada apenas de unilateralidade. Já o Direito não sugere, ordena, e, além disso, sanciona. A moralidade como princípio não possui sanção decorrente, mas é basilar aos atos da administração, servindo de esteio no julgamento das atividades administrativas.

A moralidade administrativa vai além da estrita obediências às normas jurídicas por parte da Administração. Deve o gestor público respeitar o cumprimento da razoabilidade e da justiça, tendo a moralidade como pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública. A conduta desrespeitosa enquadra-se nos atos de improbidade, previstos no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal (MORAES, 2012, p.308).

Para alguns autores, o princípio da moralidade administrativa não subsiste de maneira autônoma, dada a sua imprecisão e subjetividade. Para tais autores, a moralidade acaba por ser completamente absorvida pelo princípio da legalidade. No entanto, cabe a argumentação de que é muito antiga a distinção entre Moral e Direito, sendo que esse é produto daquela. Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre tais princípios, afinal nem tudo que é legal é honesto (DI PIETRO, 2015, p. 110).

A moralidade pode também ser entendida como a compatibilidade da atividade administrativa com os valores que são eticamente determinados pela sociedade. Ainda, tal princípio exige que o estado desenvolva atividades de modo leal, proporcionando a todos vantagens justas, eliminando a aplicação do provérbio que diz que os fins justificam os meios (JUSTEN FILHO, 2015, p. 203).

2.2.4 PUBLICIDADE

Assim como a moralidade, o princípio da publicidade pode ser facilmente compreendido por seu teor semântico. Por óbvio a publicidade propõe que sejam tornados públicos os atos resultantes da máquina administrativa. Logicamente nem todos os atos devem ser tornados públicos, observando-se as ressalvas constitucionais de preservação e defesa da intimidade e do interesse social.

O inciso LX do artigo 5º da Carta Magna determina que a lei só pode restringir a publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse pessoal assim exigirem. Não se justifica o sigilo dos atos da Administração Pública fora desses requisitos, a não ser que esteja ameaçada a segurança pública ou que,

em caso de divulgação, haja ofensa à intimidade de determinado cidadão (DI PIETRO, 2015, p. 105).

A publicidade desempenha duas funções complementares, pois assegura a todos a possibilidade de obter informações acerca das ações e omissões cometidas por seus gestores e, ao mesmo tempo, desencoraja a prática de atos reprováveis, dada a previsão principiológica de revelação (JUSTEN FILHO, 2015, p. 203).

Além dessas duas funções, podemos afirmar também que a publicidade possibilita o controle da administração pública pelos administrados, afinal de nada adiantaria a disponibilização das informações caso não houvesse resposta às possíveis irregularidades.

O artigo 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal do Brasil, preconiza que a publicidade deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, não podendo constar de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal. Nessa passagem legal fica clara a fusão do princípio da publicidade com o da impessoalidade.

A publicidade não é princípio antigo, encontrando guarida mais acentuada a partir da década de 70, sendo diretamente relacionado à reivindicação geral de democracia administrativa. É dessa mesma época que surge a tendência de alterar a tradição do “segredo” predominante na atividade da Administração Pública, afinal o caráter democrático não comporta segredos na atividade estatal (MEDAUAR, 2015, p. 159).

A constituição brasileira de 1988 reflete essas tendências, filiando-se à corrente defensora da ampla publicidade dos atos estatais em todos os seus setores, surgindo como um contraponto dos anos de chumbo vividos na ditadura.

Em princípio todos os atos da Administração Pública devem ser publicados. A publicidade é a divulgação oficial dos atos da Administração Pública para que esses surtam efeitos jurídicos de maneira oficial perante terceiros. Mesmo não sendo requisito de formação dos atos administrativos, a

publicidade é exigida como requisito de eficácia e moralidade (MEIRELLES, 2012, p. 94).

2.2.5 EFICIÊNCIA

Podemos entender por eficiência a consecução de melhores resultados através do uso dos meios escassos à disposição e a menor custo, ou seja, atingir os resultados através do uso mais otimizado dos meios disponíveis, com o menor custo possível.

O princípio da eficiência pode ser considerado como o mais “visionário” dos princípios à época da sua expressão legal, pois se alinha com os novos rumos e conceitos preconizados pela ciência da Administração, que na seara pública exige que os meios de execução da máquina pública sejam satisfatórios.

A aparição se deu através da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, com o objetivo de garantir que a coisa pública seja gerida de forma menos burocrática e que seus objetivos sejam atingidos de maneira mais célere, em resposta aos anseios da sociedade e à consecução dos fins aos quais a administração pública se propõe (MARTINS, 2008).

No Direito italiano encontramos o princípio da “boa administração”, do qual a eficiência, no Direito brasileiro comparado, pode ser considerada uma faceta. Ainda, a eficiência não pode ser concebida como princípio de maneira apartada do princípio da legalidade, pois a eficiência não justificaria um afastamento dos deveres legais em nome de meios de execução de melhor resultado (MELLO, 2010, p. 122).

Portanto, a eficiência não pode ser suscitada em detrimento da legalidade. Pelo contrário, ambos os princípios devem conciliar-se, buscando uma atuação estatal eficiente dentro dos parâmetros legais.

A eficiência não pode ser usada como pretexto para a Administração Pública descumprir a lei. Assim, o conteúdo jurídico do princípio da eficiência consiste em obrigar a Administração a buscar os melhores resultados por meio da aplicação da lei (MAZZA, 2012, p. 610).

Dado as diferenças que existem entre a iniciativa privada e o serviço público, os objetivos a serem alcançados pelas duas sendas acabam por serem distintos, ainda que ambos façam uso da eficácia para que sejam alcançados satisfatoriamente os resultados almejados.

Há de se evitar a oposição dos princípios da eficiência e legalidade, mas devemos enxergar a existência simbiótica de ambos os norteadores. Nesse sentido, são úteis os ditames da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 118):

 Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando esse último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao Direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

São vedados os desperdícios e a má-utilização dos recursos públicos, sendo imperiosa a obtenção de máximo resultado com a menor quantidade possível de desembolso de recursos. Enfim, os fins almejados pela administração pública devem ser realizados ao menor custo possível, o que não deve ser entendido como obtenção de lucro (MEDAUAR, 2015, p. 206).

O problema maior no que tange à avaliação da eficiência por parte da máquina pública é a avaliação por indicadores. Não há como medirmos a eficiência sem a utilização de números e sua comparação através de um determinado período de tempo. Falta ainda ao estado brasileiro o efetivo

manuseio de indicadores que possam aferir concretamente o grau de eficiência na execução das atividades estatais.

2.2.6 ECONOMICIDADE

Etimologicamente, o princípio da economicidade deriva do termo economia, que é proveniente da fusão dos termos gregos oikos (casa) e nomos (regra, norma). Portanto, a economicidade pode ser entendida como o princípio que impõe ao administrador público o dever de administrar a casa, ou seja, gerir os recursos. Aproxima-se, sob essa ótica, ao princípio da eficiência.

O princípio tem expressão no artigo 70 da Carta Magna, sendo apresentado como um parâmetro de controle de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, externamente realizado pelo Congresso nacional e internamente efetuado por cada um dos Poderes da República.

A economicidade pode ser entendida como uma dimensão econômica da vantajosidade em prol da administração pública, que agindo dessa maneira aproveitará mais racional e satisfatoriamente os exíguos recursos e bens econômicos disponíveis.

Nas palavras de Marçal Justen Filho (2012, p.63), podemos conceituar assim o princípio:

A economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do estado o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economicidade exige que o estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor. Em princípio, a economicidade se retrata no menor preço pago pelo estado ou no maior lance por ele recebido, conforme a natureza da contratação.

A economicidade muito se aproxima do princípio da eficiência, afinal ambos os princípios preconizam o uso otimizado dos recursos que, como citado anteriormente, são escassos. Podemos propor também que a economicidade, por assim dizer a administração dos recursos conforme o

molde etimológico, não passa de mera faceta dependente da eficiência, ou seja, para que seja alcançada uma administração eficiente, a mesma deve ser econômica, e também, para o alcance de uma administração econômica, a mesma deve pautar-se por execução eficiente de suas atividades.

Concluindo, consideremos que os princípios da economicidade e da eficiência são os dois lados de uma mesma moeda, ainda que conceitualmente distintos, dispostos e expressos em diferentes partes do texto da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

3 ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA

3.1 PREVISÃO LEGAL

A aplicabilidade dos princípios da economicidade e da eficiência nas ações estatais obteve maior importância a partir reforma administrativa imposta pela emenda constitucional número 19. Ambos têm previsão expressa no texto constitucional e na legislação esparsa. O primeiro encontra guarida no artigo 70 da carta magna, além de constar em vários artigos da lei orgânica do Tribunal de Contas da União, a lei 8443/92. Também encontramos o princípio da economicidade expresso no artigo 15, inciso IV da Lei de Licitações⁸.

O princípio de eficiência, no texto constitucional, aparece no artigo 37, como um princípio da Administração Pública a ser obedecido. Também no artigo 74, inciso II, o princípio é tido como um parâmetro de avaliação de resultados do sistema de controle interno dos Poderes Legislativo e Judiciário. Ainda, temos a expressão do princípio da eficiência no artigo 144, parágrafo 7º, que aparece como um objetivo das atividades da segurança pública.

Ainda que a eficiência como princípio constitucional expresso somente tenha surgido em 1998, o mesmo já constava em legislação infraconstitucional, como no decreto 200/67, que impôs a reforma administrativa, na lei 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços

⁸ As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

públicos, e ainda na lei 8078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Também encontramos a eficiência como um princípio a ser obedecido pela Administração Pública na lei 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Esse diploma acrescenta novos princípios a serem obedecidos além daqueles constantes na Constituição Federal.

3.2 LEI DO PREGÃO E O PREGÃO ELETRÔNICO

O pregão pode desenvolver-se sob a forma presencial ou eletrônica, havendo reunião de proponentes com algum representante da Administração Pública na primeira hipótese, e através de procedimento realizado pela internet quando utilizada a forma eletrônica, onde os interessados praticam atos por meios eletrônicos.

O pregão é decidido através do critério de menor preço, aquele que acarreta o menor desembolso de recursos financeiros por parte do estado. O pregão apresenta duas características essenciais, sejam o desdobramento da fase de competição em duas etapas (apresentação das propostas iniciais e posterior disputa mediante lances decrescentes sucessivos) e a antecipação da fase competitiva, que ocorre anteriormente ao julgamento da idoneidade do participante proponente, ou seja, os requisitos de capacitação do fornecedor só ocorre caso esse saia como vencedor da fase de lances.

Com o advento da Lei 10520, foi dado maior celeridade no procedimento de contratação de bens e serviços comuns, que decorre principalmente de dois fatores: a inversão das fases da licitação, onde a habilitação do vencedor é analisada posteriormente à definição da melhor proposta, e a divisão da fase de julgamentos em duas etapas, sejam as ofertas iniciais e os posteriores lances decrescentes (ALTOUNIAN, 2012, p. 46).

Inicialmente, a Medida Provisória nº 2182/01 instituiu a modalidade licitatória pregão apenas para a União. A doutrina, porém, quase em sua totalidade considerou tal restrição como inconstitucional, pois afinal, por ser

norma geral, deveria ter aplicação a todos os entes federativos. Tal questão foi superada quando da conversão na Lei 10520/02 (DI PIETRO, 2015, p. 455).

Acerca do tema, cabem as palavras de Luciano Ferraz, in verbis:

A medida provisória referida limitava a aplicabilidade do pregão ao âmbito federal, excluindo a possibilidade de utilização pelos Estados, Distrito Federal e municípios, limitação esta que sempre me pareceu dissonante com o Texto Constitucional. A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, resultado da conversão da Medida Provisória nº 2.182-18, corrigiu a distorção, estendendo, como não poderia deixar de ser, a nova modalidade licitatória – nas duas versões (pregão comum e pregão eletrônico) – às administrações direta e indireta das três esferas da Federação.

Certamente a utilização da modalidade por todos os entes da federação pode ser traduzida como um avanço significativo na consolidação de uma Administração Pública econômica, eficaz e célere.

A Lei 10520/02, conhecida como a Lei do Pregão, veio instituir no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Tal diploma apareceu em nosso ordenamento jurídico como resultado dos novos tempos da administração pública e com o intuito de adaptar, dentro do possível, o processo licitatório às novas tecnologias da informação, já que em seu artigo 1º, parágrafo 1º, o diploma prevê a utilização de recursos da tecnologia da informação na realização de pregões.

Tal previsão é, pela lei, condicionada a termos de regulamentação específica. Em 2005, através do Decreto 5450, foi regulamentado o pregão na forma eletrônica para a aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública.

A adoção da modalidade pregão não é obrigatória, cabendo ao administrador, por atuação discricionária, estabelecer a utilização de tal

modalidade. O artigo 1º da Lei 10520/02⁹ estabelece que o pregão “poderá” ser adotado (OLIVEIRA, 2012, p.97).

Mesmo não havendo a obrigatoriedade de adoção da forma eletrônica por parte do gestor público, não subsistem motivos que justifiquem o uso de outra modalidade, dadas as inúmeras vantagens do pregão eletrônico quando comparamos sua utilização com as modalidades constante no artigo 22 da Lei de Licitações.

Anteriormente, a adoção da modalidade concorrência era a regra quando a Administração Pública necessitava adquirir bens ou serviços. Com o advento do pregão, tal situação mudou, mas sem que se olvidasse dos princípios do interesse público e vantajosidade, afinal, nas palavras de Marçal Justen Filho (2012, p. 228):

O pregão é modalidade licitatória cujo o acesso é tão amplo quanto o da própria concorrência. Excluída a hipótese do pregão eletrônico (que comporta cadastramento prévio e que se assemelha a uma tomada de preços), o pregão poderia ser reconhecido como uma variante procedimental da concorrência.

O Decreto 5450/05 apresentou como inovações a obrigatoriedade da utilização da modalidade pregão para bens e serviços comuns, tornou preferencial a forma eletrônica em detrimento do pregão presencial, não vedou o uso da forma eletrônica para os serviços e engenharia comum e determinou ainda o uso preferencial da cotação eletrônica para os casos de dispensa de licitação na aquisição de bens ou serviços de até R\$ 8000,00 (FERNANDES, 2011, p. 478)

O uso do pregão eletrônico promove um aumento do número de concorrentes, já que os lances dados via internet podem ser feitos de qualquer local, dispensada a presença física do proponente. Porém, esse modelo acaba privilegiando as grandes empresas, pois as margens de lucro tornam-se menores dado a maior concorrência. Tal privilégio, ainda que indireto, levou à edição da Lei Complementar 123/2006, que destina regras que asseguram

⁹ Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei

preferência em favor de microempresas e empresas de pequeno porte (JUSTEN FILHO, 2015, p. 492).

3.3 ASPECTOS DO PREGÃO ELETRÔNICO X ASPECTOS DE OUTRAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A licitação pode ser executada de várias formas distintas, sempre obedecendo aos ditames da legislação pertinente. A Lei 8666/93 é a lei geral de licitações no Brasil, e traz no bojo do artigo 22¹⁰ as diferentes modalidades licitatórias que são passíveis de utilização pelo gestor da Administração Pública, a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

A concorrência pode ser utilizada indiscriminadamente para qualquer tipo de contrato administrativo, desde que os interessados comprovem possuir os requisitos mínimos exigidos no edital de licitação. É a modalidade obrigatória quando o valor a ser contratado seja superior ao montante de R\$ 1.500.000,00 no caso de obras e serviços de engenharia, ou superior a R\$ 650.000,00 tratando-se de compras ou outro tipo de serviços.

A tomada de preços é uma modalidade que se dá nos mesmos moldes da concorrência, porém com limites pecuniários distintos, ou seja, até R\$ 1.500.000,00 para serviços de engenharia e até R\$ 650.000,00 para compras e outros tipos de serviços.

O convite é modalidade licitatória a ser utilizada quando a contratação de obras e serviços de engenharia não ultrapasse R\$ 150.000,00, ou ainda quando não seja excedido o montante de R\$ 80.000,00 no caso de compras ou serviços que não sejam de engenharia.

O concurso deve ser utilizado quando a Administração Pública deseja escolher trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de

¹⁰ Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;
II - tomada de preços;
III - convite;
IV - concurso;
V - leilão.

prêmio ou remuneração ao vencedor. O leilão é uma modalidade de licitação utilizada para a alienação de bem ou direito pelo maior preço.

O pregão é tratado especificamente pela lei 10520/2002, tratando-se portanto de assunto reservado à legislação específica. Tal fato é comprovado pelo artigo 9º da Lei, o qual estabelece que se aplicam subsidiariamente para a modalidade pregão as normas de Lei de Licitações. Forma eletrônica, conforme citado anteriormente, foi regulamentada pelo Decreto 5.450/05.

A habilitação, etapa obrigatória no certame licitatório, ocorre antes da efetiva apresentação das propostas pelos licitantes, quando utilizada qualquer das modalidades constantes no artigo 22 da Lei de licitações. Nesses casos, só podem apresentar propostas à Administração Pública aqueles concorrentes que forem previamente aprovados na etapa de habilitação

Podemos entender por habilitação a fase do certame licitatório em que ocorre a comprovação documental das condições exigidas pela Administração Pública face os proponentes. Podemos entender que é nessa fase em que ocorre a verificação da existência de condições por parte das empresas para a efetiva celebração e execução do contrato. As condições avaliadas referem-se à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista (MEDAUAR, 2015, p. 233).

No pregão eletrônico, a fase de habilitação não é dispensada, porém as fases de habilitação e apresentação das propostas são invertidas, ocorrendo essa antes daquela. Primeiramente é aberta e concluída a fase de classificação e julgamento das propostas, seguida da fase de lances para, somente ao final, realizar-se a fase de habilitação, que é realizada em referência ao vencedor provisório do certame licitatório.

Nas palavras de Alexandre Cairo (GASPARINI, 2007, p. 270), encontramos o embasamento para doutrinar para revelar a inversão das fases:

A inversão das fases de habilitação e análise das propostas em relação às demais modalidades licitatórias é uma das principais características do pregão. Destaque-se, ainda, que a análise dos

documentos de habilitação somente ocorrerá em relação à empresa vencedora. No pregão há diferenças procedimentais em relação às demais modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços e convite. Enquanto nas demais modalidades a comissão de licitação deve analisar, primeiramente, os documentos habilitatórios de todas as empresas para só então julgar as propostas das empresas habilitadas, no pregão, em razão da inversão das fases, primeiro faz-se os julgamentos das propostas de preços para só então se fazer a análise de documentos de habilitação da empresa que apresentou o menor preço. Portanto, tal análise não mais ocorrerá em relação a todas as empresas, mas somente em relação à empresa vencedora. Com tais medidas o pregão torna-se um procedimento menos trabalhoso e mais célere.

Portanto, a verificação da documentação comprobatória será feita somente em relação àquele que apresentou a melhor proposta, sendo que a Administração Pública somente procederá à análise da documentação do segundo colocado, e assim sucessivamente, em caso de inabilitação do primeiro colocado.

Ainda na seara da inversão de fases, de acordo com MELLO (2010, p. 567), o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas sim posterior. Além disso, o autor afirma que, contrariamente às modalidades constantes no artigo 22 da Lei 8666/93, o pregão não comporta sua determinação pelo valor a ser contratado, sendo essas duas as principais diferenças entre as espécies.

Diferentemente das modalidades expostas no artigo 22 da Lei de Licitações, no decurso de processo licitatório no qual é utilizada a modalidade pregão eletrônico, antes da proposta inicial, as empresas devem submeter-se a uma habilitação prévia, fase denominada habilitação prévia, quando os proponentes apresentam declaração dando ciência ao pregoeiro de que todos os requisitos do edital foram plenamente cumpridos, tudo fundado na presunção de boa-fé dos licitantes (OLIVEIRA, 2012, p.99).

Ainda que haja diferenças pontuais, as fases do processo de licitação observadas no pregão são as mesmas apresentadas pela modalidade

concorrência, com a peculiaridade de que no pregão é possível observar uma inversão das fases de classificação e habilitação (DI PIETRO, 2015, p. 471).

Na diferenciação entre as modalidades da Lei de licitações e o pregão eletrônico, faz-se necessário expor a ideia de SANTANA (2009, p.35), que enumera como avanços proporcionados pela modalidade pregão eletrônico os seguintes aspectos:

- a) não tem limite em relação ao valor do ajuste a ser firmado;
- b) adstringe-se às aquisições (compras e serviços) consideradas comuns;
- c) permite a negociação direta da Administração com o licitante, nos casos e modos previstos na lei de regência;
- d) desenvolve-se debaixo de procedimento mais ágil, célere e racional, com fases invertidas em relação ao procedimento tradicional (decide-se a proposta comercial, e, posteriormente, avalia-se os aspectos relativos à habilitação. A fase recursal, unificada em termos, fica relegada para a etapa (pós habilitação); e
- e) é conduzida e decidida por um único servidor que se auxilia de outros (equipe de apoio).

São inúmeras as vantagens em rol da Administração Pública quando essa se utiliza da modalidade pregão eletrônico para a aquisição de bens e serviços. Dentre tais benesses podemos enumerar, dentre outros, a desburocratização, maior agilidade, menor custo e tempo de duração do processo licitatório, melhor gerenciamento das despesas públicas, maior transparência e publicidade dos procedimentos, ampliação da disputa entre os fornecedores e prestadores de serviço.

3.4 OS PRINCÍPIOS DO PREGÃO ELETRÔNICO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A modalidade licitatória eletrônica vem ao encontro das novas orientações e rumos impostos pelos tempos contemporâneos à Administração Pública. Dentre esses novos ares, como mescla do já antigo mas necessário,

podemos citar a obediência aos princípios constitucionais, muito facilitada pela nova via de compra de bens e serviços comuns.

Além dos princípios constitucionais aplicáveis à licitação, depreendemos do Decreto 5450/05 a existência de novos preceitos fundamentais. O diploma traz em seu artigo 5º ¹¹, além dos observados na Carta Magna, os princípios da igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

A legalidade no pregão eletrônico é indiscutível, até por que esse tipo de modalidade é obrigatória na aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica, conforme ditame da artigo 4º do Decreto 5450/05¹².

Os procedimentos da licitação em geral devem observar fielmente as normas contidas na legislação, conforme ditame do artigo 4º da Lei de Licitações. Ilustrando a premissa de que legalidade não pode ser encarada como excesso de formalismo, temos o fato de, por tratar-se a licitação de certame com objetivo específico – contratação da melhor proposta – existem flexibilizações em algumas exigências legais que não afetam a isonomia, como por exemplo, a possibilidade de apresentação de novas propostas em caso de desclassificação de todos os proponentes (OLIVEIRA, 2012, p.30).

O princípio da legalidade sofreu evolução em sua idéia genérica, afinal a observância estritamente formal ao postulado causaria paralisia da Administração Pública. Observou-se, nesse ínterim, o assentamento do princípio em bases valorativas, com obediência aos preceitos do Estado Democrático de Direito (MEDAUAR, 2015, p. 150).

A nova fase valorativa do princípio da legalidade encontra guarida na utilização do pregão eletrônico como modalidade licitatória. A flexibilidade procedimental promovida pela nova forma de contratação é inegável, afinal

¹¹ Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

¹² Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

existe a possibilidade de múltiplos lances em tempo real e a análise da habilitação apenas do proponente vencedor. A Lei 10520/02 veio coroar aquilo que já era desejado pela Administração, ou seja, a possibilidade de adquirir por meio mais célere, ágil e dinâmico com respaldo devido respaldo de um diploma legal, antes inexistente.

Em relação à impessoalidade, o pregão eletrônico mais uma vez aparece como um otimizador de aplicação dos princípios constitucionais, afinal a impessoalidade pode ser alcançada mais facilmente através da utilização meio eletrônico. Obviamente, não é por demais incorreto considerar impossível a neutralidade de julgamento do homem. Porém, dada a localização remota, longe de expressões vocais e/ou gestuais, fica mais fácil ao pregoeiro ater-se somente às propostas, que são realizadas em sessão pública, com acesso aos outros proponentes, fazendo surgir ainda, nesses moldes, a transparência governamental.

A impessoalidade é caracterizada principalmente pela isonomia, vinculação à lei – aqui ocorre uma tangência a legalidade – e ao ato convocatório. O princípio ainda veda que o gestor público proceda a distinções baseadas em características pessoais dos interessados devendo submeter os julgamentos a critérios objetivos e independentes (JUSTEN FILHO, 2015, p.486).

Nas palavras de MELLO (2010, p.535) a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo podem ser assim conceituados:

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como aliás está consignado no artigo 41 da Lei 8666/93¹³.

O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da

¹³ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

comissão julgadora. Esta preocupação está enfatizada no artigo 45 da lei.

Por aplicarem-se subsidiariamente os preceitos da Lei de Licitações ao pregão eletrônico, tais princípios não devem ser olvidados. Após exposição do conceito do ilustre autor, podemos afirmar que a vinculação ao instrumento e o julgamento objetivo não podem ser considerados isoladamente na atual análise, mas quando embutidos no princípio da impessoalidade, o certame eletrônico sem sombra de dúvidas proporciona maior e melhor cumprimento dos ditames legais.

Ainda na senda dos princípios constitucionais, subsunção da moralidade aos atos procedimentais do certame eletrônico pode ser dificultada pela subjetividade do termo. No pregão eletrônico, a obediência ao princípio pode ser entendida como a obediência aos preceitos de interesse público, observando-se a licitude e verdadeira finalidade do certame. (MEDAUAR, 2015, p. 220).

A moralidade, como princípio, pode ser desdobrada em outro, o da probidade administrativa, que é expresso no rol do artigo 5º Decreto 5450/05. A conduta moral é aquela que preserva a integridade, honestidade e retidão. Tal princípio é de tal importância, ainda que tomado de subjetividade, que ensejou a criação da Lei 8429/92, específica acerca do tema. Note-se que o diploma já conta com bastante tempo de promulgação, que se deu bem antes da introdução do pregão em sua forma eletrônica.

A publicidade talvez seja um dos princípios que teve sua obediência mais evidenciada após o advento da forma eletrônica de aquisição de bens e serviços comuns. Tal fato pode ser observado principalmente pela plataforma de uso, a internet. A possibilidade de acesso a documentos e propostas via computador aumenta consideravelmente o acesso de interessados proponentes e da população em geral aos procedimentos e resultados das compras governamentais.

O princípio visa a garantir a participação, ainda que como mero cidadão espectador, de qualquer interessado no processo licitatório. A publicidade

proporcionada pela utilização do pregão eletrônico pode ser interpretada como garantidora de universalidade de acesso aos interessados e ainda como meio que propicia a verificação dos atos praticados, possibilitando o controle social dos atos executados pelo estado (JUSTEN FILHO, 2012, p. 487).

A publicidade e acessibilidade dos atos procedimentais ao público, conforme preconizado pelo artigo 3º, parágrafo 3º da Lei de Licitações, só encontram efetivo cumprimento através do meio eletrônico. Não há meios de comparar a publicidade dos atos estatais quando de um acesso remoto via web em comparação àquele possibilitado por um edital físico afixado nas paredes de um órgão estatal.

A eficiência, como princípio, tem sua observância e cumprimento facilitados pelo meio eletrônico de contratação de bens e serviços comuns, afinal não bastam honestidade e boas intenções para a validação dos atos da Administração, mas também deve o gestor observar a relação custo-benefício decorrente de sua atividade (JUSTEN FILHO, 2015, p. 488).

Não pode ser negada a eficiência proporcionada pela forma eletrônica de licitação, afinal o pregão realizado por meio eletrônico otimiza os recursos disponíveis à Administração Pública. Com um custo menor em relação ao número de servidores e materiais necessários à execução do processo licitatório, e o aumento do alcance do certame pela via da internet, a Administração fica em posição vantajosa em relação à utilização do certame pelas vias convencionais.

O princípio da eficiência não deve ser sobreposto aos outros princípios estruturantes, afinal de nada adianta a observância daquele em detrimento da ordem democrática. A eficiência deve ser um atributo do Estado Democrático de Direito, não bastando um estado eficiente, porém não democrático.

Por fim, a economicidade encontra estreita afeição à relação custo-benefício, que fica melhorada a partir da maior eficiência proporcionada pela utilização do pregão eletrônico como modalidade de licitação. Aliás, a utilização de meios eletrônicos via internet proporcionam maiores Eficiência, transparência e economicidade, que podem ser considerados os imperativos

em tempos contemporâneos, marcados pelos avanços das relações no mundo e aplicações virtuais.

A economicidade também pode ser vista como uma dimensão econômica do princípio da eficiência, ressaltando a estreita relação entre ambos os princípios. A eficácia, sob esse prisma, é determinada pelo aproveitamento mais racionalmente satisfatório dos recursos econômicos.

A forma eletrônica possibilita a participação de um número maior de interessados, já que permite aos sediados em qualquer ponto do país ofertar propostas, mesmo distantes do órgão promotor da competição. Em teoria, quanto maior o número de participantes, menores os preços praticados, o que traz economia do dispêndio de recursos financeiros pela Administração Pública, que adquire bens por preços inferiores aos usualmente encontrados no mercado.

3.5 A POSSIBILIDADE DO USO GENERALIZADO DO PREGÃO ELETRÔNICO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A modalidade pregão eletrônico tem sido largamente utilizada pela Administração Pública. De acordo com dados noticiados pelo governo federal em seu site de compras (Portal de Compras do Governo Federal), o pregão eletrônico segue evoluindo positivamente em quantidade de certames que se utilizam da modalidade e também sob o aspecto pecuniário. Seguem os dados extraídos do Portal, atualizados até o ano de 2013:

Em 2013, o pregão eletrônico respondeu por 60% das compras governamentais, com um gasto de R\$ 41,0 bilhões, sendo empregado em 37 mil processos (17%). Se comparado apenas às modalidades licitatórias, essa forma de contratação foi responsável por 87% dos gastos em aquisições, resultando numa economia para os cofres públicos da ordem de R\$ 9,1 bilhões (18%). Em relação ao número de certames licitatórios, o pregão eletrônico respondeu por 93%. Ressalta-se ainda que, na comparação entre os anos de 2012 e 2013, as licitações por

meio do pregão eletrônico cresceram 6% em número de processos e 22% em valores monetários.

O uso do pregão para a aquisição de obras ou serviços de engenharia não são possíveis, por afronta direta ao artigo 1º da Lei 10520/02, que faculta o uso do instituto para a aquisição de bens ou serviços comuns. A forma eletrônica é inaplicável às contratações de obras de engenharia em obediência ao ditame do artigo 6º do Decreto 5450/05. O problema reside, como exposto anteriormente, à delimitação do que seria considerado, por definição, bem ou serviço comum.

Existe ainda a discussão doutrinária em relação à possibilidade de utilizar-se do pregão eletrônico na aquisição de bens e serviços de engenharia, já que o Anexo I do Decreto 3555/2000 veda a utilização para a aquisição de “obras e serviços de engenharia”, enquanto o artigo 6º do Decreto 5450/05 proíbe a utilização da modalidade nas contratações de “obras de engenharia”.

A doutrina tem apresentado duas correntes de pensamento. A primeira linha de pensamento admite o uso da modalidade apenas para contratação de serviços de engenharia, que possam ser qualificados como “comuns”, mas entende que o pregão eletrônico não é aplicável para a contratação de obras de engenharia. Tal entendimento funda-se na súmula 257/2010 do Tribunal de Contas da União. A segunda corrente da doutrina entende ser possível a utilização tanto para obras como para serviços, desde que esses sejam considerados comuns (OLIVEIRA, 2012, p.100).

Existem motivos formais para que a doutrina não seja uníssona, já que a legislação deixa brechas para interpretação e entendimentos em sentidos distintos. Os conceitos de obras e serviços estão dispostos no artigo 6º da Lei de Licitações, que poderiam ter sido revisados na edição da Lei e dos Decretos que versam sobre o tema, afinal esses são posteriores àquela.

Alteração no texto legal, ainda que apenas nos conceitos, traria largas vantagens à Administração Pública, que utilizar-se ia da forma mais democrática, transparente e universal dentre todas as modalidades de licitação.

O estado não pode arcar com um custo extra, negando a economicidade e a eficiência, por mero capricho de filigrana interpretativa.

A utilização do pregão eletrônico é vedada nos casos de contratação de obras e serviços de engenharia não comuns; locações imobiliárias e alienações em geral. O primeiro exemplo de exceção pode ser contornado facilmente através de mudanças nos textos legais. No caso das locações, o uso da modalidade eletrônica não traria, em princípio, problemas. Pelo contrário, tal utilização serviria de ferramenta em prol de economicidade e eficiência.

As alienações parecem ser o tipo de exceção mais coerente, afinal, além da vedação expressa pela Lei 10520/02, tem-se que a natureza do pregão não permite alienação devido ao fato de que a Administração Pública, na alienação, busca o maior valor possível a ser pago por seu bem, diametralmente oposto ao objetivo buscado na aquisição de bens e serviços (FERNANDES, 2011, p. 478)

Tal argumentação soa rasa, afinal os meios eletrônicos disponíveis permitem que sejam realizadas alienações via internet. A Receita Federal inclusive realiza leilões utilizando-se da via eletrônica. Esse tipo de certame é regulado pela Portaria MF nº 548/2009 e Portaria RFB nº 2.206/2010. A regulamentação de e efetiva utilização dos procedimentos reforça a tese da existência de meios técnicos que possibilitam a utilização de meios eletrônicos nas alienações.

Podemos afirmar que não existem muitos limites às potencialidades eletrônicas no que tange às aquisições governamentais. O pregão eletrônico deve ser posto como um instrumento, um meio apto a facilitar a prestação de serviços públicos. Nas palavras de GASPARINI (2007, p. 390):

Consideremos o pregão eletrônico, portanto, como uma realidade que deve ser posta a serviço do administrado, e não somente da Administração pública. Por isso há de se manter o habitual cuidado para com o respeito às normas e aos princípios que norteiam as licitações em nosso país.

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem admitido a utilização do pregão eletrônico como uma licitação de maior oferta, ainda que tal hipótese contrarie expressamente a Lei 10520/02. É compreensível a insatisfação com as modalidades oferecidas pela Lei Geral de Licitações, mas tal fato não legitima que a Administração ou órgãos de controle (como o TCU) criem figuras que devem ser instituídas por lei, essa é a opinião de JUSTEN FILHO (2013, p. 10).

Nas esferas administrativas que aplicam o uso do pregão eletrônico têm-se observado resultados expressivos relativos a descontos sobre as propostas iniciais, menor número de recursos administrativos q causam morosidade ao processo licitatório, menores prazos de encerramento do certame entre outras vantagens. Ainda, tanto os agentes públicos quanto os fornecedores proponentes são unânimes ao enfatizarem fatores como agilidade procedimental, palpável redução de preços e aumento de competitividade, considerando a forma eletrônica do pregão uma “nova forma de gerenciamento das licitações” (MOTTA, 2011, p. 873).

Podemos suscitar o argumento de que o pregão eletrônico se parece com um “bingo”, dada a aleatoriedade do momento em que será encerrada a fase das propostas. Utilizando-se de um pensamento matemático, engessado, que não se adequa à forma eletrônica de licitar, podemos achar embasamento.

Porém, a aleatoriedade na batida de martelo do pregoeiro é o meio prático e palpável de tornar o certame impessoal. O Direito não socorre quem dorme, logo o proponente deve manter atenção máxima ao certame. Não há como superar certos aspectos, e esse é um deles.

Ao final, conclui-se que o uso de meios eletrônicos na aquisição de bens e serviços pela Administração Pública é plenamente justificado e apresenta inúmeras vantagens relativas à economia de recursos pecuniários e ao aumento da eficiência do processo licitatório. Porém, a atual legislação pode servir como entrave, por restringir formalmente a utilização da modalidade, mesmo naqueles casos em que existe a possibilidade material do seu uso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar as diversas modalidades licitatórias utilizadas pela Administração Pública e os princípios a serem obedecidos nos processos de compras governamentais. São variadas as legislações que alteraram a Lei nº 8.666/93 com o objetivo de ordenar e modernizar o processo licitatório.

Inicialmente as licitações públicas visavam apenas coibir as ofensas à isonomia e à moralidade dos processos licitatórios. O Decreto-Lei 2.300/87 tornou evidente o objetivo do legislador em tornar os processos licitatórios mais transparentes e isonômicos, o que foi corroborado com o surgimento da Constituição Federal logo após a edição do diploma.

O grande avanço veio com a Lei 8666/93, que trata especificamente do tema licitação. Ainda, o texto legal trouxe em seu teor vários dispositivos que prezam pela observância dos princípios constitucionais e administrativos, ainda como um reflexo da redemocratização do país, que por muito tempo foi subjugado pelo regime militar.

A Lei 8987/1995 veio regulamentar as concessões de serviços públicos, que até hoje constam como exceção na utilização da modalidade pregão eletrônico. É verdade que existe a necessidade de algumas reformas legais, mas dado o período de promulgação, podemos considerar a lei de concessão como um avanço significativo.

Já nos idos de 2002, a Lei 10520 apresentou ao ordenamento jurídico brasileiro a modalidade pregão. Tal modalidade tem demasiada serventia na obtenção de maior celeridade, economicidade e eficiência no processo de aquisição de bens e serviços. E, além, propõe inovação nunca antes vista através da utilização de sistemas informatizados no processo licitatório.

O pregão na forma eletrônica foi regulamentado pelo Decreto 5450 de 2005, em obediência a lei que instituíu o pregão e exigia legislação específica para tal regulamentação. Ainda, mesmo após 27 (vinte e sete) anos após a promulgação da Constituição Federal, o diploma trouxe à tona os diversos

princípios constitucionais, que não aceitam visualização sob o signo da arcaicidade.

O uso de recursos eletrônicos nas competição em certames licitatório oferece maior prestígio aos objetivos básicos da licitação, sejam a observância da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa em prol da Administração pública. Além disso, fica evidente que os meios eletrônico de disputa tornam mais perceptíveis a obediência aos princípios constitucionais.

A licitação, porém, é um meio, e não um fim da Administração Pública, e, portanto, deve ser encarada como tal. As variáveis que podem ser utilizadas como indicadores de um meio otimizado são os princípios da economicidade e o princípio da eficiência. Nesse aspecto, não há dúvidas que o pregão eletrônico propõe, por seus aspectos legais, um melhoramento substancial dessas duas variáveis, ainda que seu uso seja vedado em relação à aquisição de determinados produtos e serviços.

O uso do pregão eletrônico, se aumentado em hipóteses legais, traria grandes vantagens ao estado em seu funcionamento, bastando para isso apenas a mudança de alguns conceitos expostos pela legislação atual, o que traria, reflexamente, facilidade à doutrina na chegada a um consenso.

Por fim, o uso generalizado do pregão eletrônico nas aquisições governamentais ainda mostra-se utópico dadas as restrições apresentadas pelos diplomas que versam acerca do tema. Porém, o uso em maior escala da modalidade pregão eletrônico é perfeitamente viável, podendo ser resolvida por pequenas alterações nos textos legais.

Inovações legislativas são por vezes morosas, e até mesmo obsoletas quando promulgadas. Nesse ponto os tribunais podem ser úteis ao editarem regras, como súmulas por exemplo, ainda que deva ser mantida a autonomia dos Poderes pátrios.

É necessário vontade política, esforço coordenado entre os entes administrativos e seu respectivo controle. Com isso, podem ser alcançadas as mudanças necessárias à otimização da Administração Pública, tornando-a cada vez mais econômica e eficiente, sempre objetivando moldar a

Administração Pública aos novos métodos gerenciais, aproximando-a das técnicas de gestão propostas pela iniciativa privada, sem contudo deixar de lado o viés social e equalizador inerente ao poder público..

REFERÊNCIAS:

AFFONSO, Sebastião Baptista. **PRINCÍPIOS REGEDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/dga/sedoc/Doutrina.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras públicas**: licitação, contratação, fiscalização e utilização. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: FORUM, 2012. 413 p. ISBN 9788577005338.

ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo: 5 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. O conceito de princípio: uma questão de critério. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, Vol. 7, n. 7, (jan./jun. 2010), p. 247-269.

BRASIL. **Decreto 2926/1862**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Decreto n. 4.436, de 28 de janeiro de 1922. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 12 out 2017.

BRASIL. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União**. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Lei de Licitações**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. **Lei 12.349/2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm>. Acesso em: 08 set. 2017

BRASIL. **Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **Decreto 3.555, de 08 de agosto de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **PORTAL DE COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL.** Portal de Compras do Governo Federal Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/pregaoeletronico-faq#P12>>. Acesso em: 20 nov. 2017

BRASIL. **SITE DO GOVERNO FEDERAL.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/01/receita-realiza-leilao-eletronico-de-mercadorias-apreendidas>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. **SITE DO GOVERNO FEDERAL.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/01/receita-realiza-leilao-eletronico-de-mercadorias-apreendidas>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
Malheiros, 2014. 351 p.

BRASIL. **LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017

CF/88. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais.** 2012. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/sobre-o-neoconstitucionalismo-e-teoria-dos-principios-constitucionais>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1038 p.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 804 p. (Coleção Jacoby de direito público ; v. 7). ISBN 9788577004577.

GASPARINI, Diogenes. **Pregão presencial e eletrônico.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. 399p. ISBN 9788589148108

[HTTP://MICHAELIS.UOL.COM.BR/MODERNO-PORTUGUES/BUSCA/PORTUGUES-BRASILEIRO/LICITAÇÃO/](http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/licitacao/). 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/licitacao/>>. Acesso em: 07 set. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. 1135 p. ISBN 9788575002155

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. 1517 p. ISBN 9788520359655.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013. 446 p. ISBN 9788575002315.

MARTINS, Cristiane Fortes Nunes. **O Princípio da Eficiência na Administração Pública**. 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32602-39847-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012. 4364 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. 507 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 925 p. ISBN 9788539201594

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010. 1119 p

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. A Licitação na Constituição de 1988. Constituição de 1988: O Brasil 20 Anos Depois, Brasília, v. 2, n. 1, p.1-16, maio 2013

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. 956 p.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**: comentários, doutrina e jurisprudência. 12.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 1054p. ISBN 9788538401599.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2012. 303 p. ISBN 9788530939700.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. **Comentarios a lei das licitações e contratações da administração pública**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro Renovar 2007. 1265p ISBN 9788571476356

PESSOA, Robertônio Santos. **Constitucionalismo, estado e direito administrativo no Brasil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7584>. Acesso em: 19 set. 2017.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Viera. **A Evolução Da Licitação**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2017

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

REZENDE, Karina Munari. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA (ART. 37, CAPUT, CF) E SUA APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF, DO STJ E DO TRF DA 4ª REGIÃO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. 2004. Disponível em: <<http://www.anauni.org.br/portal/centro-de-estudos/25-artigos/25-principio-da-eficiencia-art-37-caput-cf-e-sua-interpretacao-jurisprudencial>>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços : manual de implantação, operacionalização e controle**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: FORUM, 2009. 589p ISBN 9788577001996

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 3ª edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009..

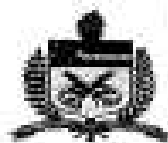
SEBRAE. **Compras públicas - Um bom negócio para sua empresa**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/micro-e-pequenas-empresas/compraspublicas-29out2014.pdf>>. Acesso em: 16/11/2017

SEVILHA, Alberto. **O MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS**. 2010. Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/mpc/index.php?option=com_content&view=article&id=26:o-ministerio-publico-junto-aos-tribunais-de-contas&catid=4:artigos&Itemid=7>. Acesso em: 08 nov. 2017

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: BRASIL. **PORTAL DE COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL**. Portal de Compras do Governo Federal Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/pregaoeletronico-faq#P12>>. Acesso em: 20 nov. 2017

TCU. Tribunal de Contas da União. **Licitações & contratos: orientações básicas**. 2. ed. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2003. 283 p

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações e contratos: regime jurídico das licitações: fase interna e externa; pregão presencial e eletrônico; lei complementar 123/06; sistema de registro de preços**. 2. ed. Curitiba: JML, [2013]. 403 p. (Coleção JML consultoria ; 1).



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno (a): Marcel Figueiró Nunes

RG: 2.956.434

CPF: 003.573.359-45

Matrícula: 13100128

Título do TCC: Pregão eletrônico no Brasil: uma análise a partir dos princípios da economicidade e da eficiência

Orientador(a): José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, Marcel Figueiró Nunes, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 28 de novembro de 2017.


Marcel Figueiró Nunes

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "Pregão eletrônico no Brasil: uma análise a partir dos princípios da economicidade e da eficiência", elaborado pelo(a) acadêmico(a) Marcel Figueiró Nunes, defendido em 28/11/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 7,5 obtendo 4x4, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.


Florianópolis, 28 de Novembro de 2017



José Sérgio da Silva Cristóvão
Professor Orientador



Felina César Lima Boselli
Membro de Banca



Pedro de Menezes Niebuhr
Membro de Banca